

LAS CONCEPCIONES DEL DERECHO EN LA ACTUALIDAD Y SU PROYECCIÓN SOBRE LAS TEORÍAS DEL ESTADO

David Sobrevilla*

SUMARIO:

Introducción • I. Concepciones del Derecho en la primera mitad del siglo XX • II. Cambios en las concepciones del Derecho en la segunda mitad del siglo XX II.1. El realismo jurídico: Alf Ross II.2. El positivismo jurídico: Hart II.3. La convergencia entre positivismo y iusnaturalismo en Ronald Dworkin y Robert Alexy II.4. La concepción crítica del Derecho de Jürgen Habermas • III. La proyección de las concepciones del Derecho en las teorías del Estado III.1. Kelsen y Ross y la teoría del Estado de Derecho liberal y postliberal III.2. Dworkin y Alexy y la teoría del Estado de Derecho Constitucional III.3. La democracia deliberativa según Jürgen Habermas • Consideración final

En este texto buscamos presentar «Las concepciones del Derecho en la actualidad y su proyección sobre las teorías del Estado». En la primera parte de mi exposición, recordaré algunos rasgos de las principales concepciones del Derecho surgidas hasta mediados del siglo XX; en la segunda, intentaré mostrar algunos de los cambios más fundamentales en dichas concepciones hasta el final del siglo pasado; y, en la tercera y última parte, trataré de hacer visible cómo se han proyectado algunas de estas concepciones en las teorías del Estado. Con ello pienso poner de manifiesto la enorme importancia que la filosofía y teoría del Derecho tienen para la vida jurídica y política.

I CONCEPCIONES DEL DERECHO EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX

Las concepciones jurídicas que hoy conocemos no han existido siempre sino que se han ido formando a lo largo de la historia del Derecho. A continuación me referiré a cinco de ellas desarrolladas hasta la primera mitad del siglo XX: el *iusnaturalismo*, el *iuspositivismo*, el *realismo jurídico*, las concepciones críticas del Derecho y los *tridimensionalismos*. En realidad, actualmente hay otras concepciones más, como la concepción económica y feminista del Derecho, pero que se han formado después y que todavía no han adquirido tanta importancia.

La concepción más antigua del Derecho es el *iusnaturalismo*. Podemos caracterizarlo recurriendo a la definición kelseniana como aquella concepción según la cual hay un Derecho anterior y superior al Derecho positivo. O según la determinación de Carlos S. Nino, para quien el *iusnaturalismo* está constituido por dos tesis básicas: 1. Que hay ciertos valores morales universales, como la justicia; y 2. Que para ser válido el Derecho tiene que realizar dichos valores morales. Es decir, que el *iusnaturalismo* afirma que el Derecho natural es previo y superior al Derecho positivo, y que hay una *vinculación esencial* entre el Derecho y la moral.

En el pasado han habido numero-

* David Sobrevilla Alcázar, Profesor de la Universidad de Lima, de la Universidad Privada San Martín de Porres y de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Profesor Emérito de la Universidad Mayor de San Marcos. Profesor visitante en la Universidad de Carabobo, en la Universidad de Madison-Wisconsin, y en la Universidad de Davis-California. Doctor Honoris Causa por la Universidad de Arequipa y la Universidad de Trujillo. Profesor Honorario por la Universidad Ricardo Palma.

sas formas de *iusnaturalismo*: en Grecia y Roma se pensó que el Derecho natural procede de la naturaleza, Dios y la razón (por ejemplo, Cicerón); en la Edad Media se privilegiaba como origen del Derecho natural a Dios (como en Tomás de Aquino) y en la Época Moderna a la razón (como en Puffendorf). Desde fines del siglo XVII se trató de codificar el Derecho natural, pero este intento fracasó desembocando en la codificación de Napoleón (1804), que representó más bien el triunfo más resonante del *positivismo doctrinario*. Luego, a fines del siglo XIX el *iusnaturalismo* se derrumbó estrepitosamente, y después la Primera y Segunda Guerra mundiales parecieron sellar este fracaso mostrando, en definitiva, que el Derecho es un producto humano que no está esencialmente ligado a valores morales.

En la primera mitad del siglo XX el gran representante del *iusnaturalismo* fue el jurista italiano Giorgio Del Vecchio. En su famoso libro *Filosofía del Derecho* (1930), sostuvo este autor que esta disciplina estudia el Derecho desde tres perspectivas: como *investigación lógica* del Derecho, examina el concepto del Derecho al que determina como *la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento*. Como *fenomenología jurídica*, la filosofía del Derecho investiga lo que el Derecho ha sido en el pasado. Y como *investigación deontológica*, la filosofía del Derecho estudia la relación entre el Derecho y la justicia. Esta tripartición de puntos de vista con los que se examina el Derecho, permite entrever que no todo Derecho es *justo*: algunas instituciones jurídicas han sido injustas, como por ejemplo, la esclavitud.

La *segunda* de las concepciones fundamentales del Derecho fue el positivismo jurídico, que surgió en la Época Moderna hacia el siglo XVII. Podemos definirlo como la concepción, según la cual Derecho es el Derecho positivo, que no tiene una *vinculación conceptual* con la moral, es decir que hay una *separación* entre ellos. En este sentido, aunque en el *Derecho existente* se pueda comprobar la mezcla variable entre Derecho y moral, *conceptualmente* se puede constatar que ha habido *leyes injustas* que, sin embargo, han sido Derecho, por ejemplo, las leyes nazis sobre la solución final al problema judío.

En el positivismo jurídico distinguimos entre tres variantes: el positivismo *teórico* o *doctrinario*, el *metodológico* y el *ideológico*. El positivismo *teórico* o *doctrinario* surgió en Francia en el siglo XIX a propósito del Código de Napoleón, y está constituido por un manojito de tesis: que el Derecho es la ley que nace de la voluntad del Estado, que los jueces resuelven los casos que se les someten aplicando estricta y pasivamente la ley, que el Derecho es un sistema legal sin vacíos, que para interpretar la ley hay que recurrir a investigar la voluntad del legislador, etc.

Muchas de estas tesis perviven todavía entre nosotros. El *positivismo metodológico* no defiende estas tesis sino sólo que para estudiar el Derecho hay que tener en cuenta el Derecho *realmente existente* y no el *Derecho ideal* o el que se adecúe a nuestros deseos. Y, finalmente, el *positivismo ideológico* se convierte en una perversión del positivismo consistente al afirmar que *Gesetz ist Gesetz*; o sea, que la ley es la ley y que, por lo tanto, los jueces deben simplemente aplicarla.

Esta tesis básica del positivismo ideológico se la enuncia casi siempre en alemán, porque los jueces de la Alemania nazi disculparon con ella que hubieran aplicado a veces disposiciones monstruosas. No obstante, el positivismo ideológico se ha dado en muchas otras partes: recordemos, por ejemplo, que entre nosotros los miembros del anterior Jurado Nacional de Elecciones intentaron justificar que admitieran la candidatura del ex-Presidente Fujimori, apelando a la existencia de la ley de interpretación auténtica.

El mayor positivista del siglo XX fue el gran jurista austríaco, Hans Kelsen, que publicó la primera versión de su *Teoría pura del Derecho* en 1934, la segunda —denominada versión francesa— en 1953 y la tercera —llamada segunda edición— en 1960. Para Kelsen el Derecho es un *sistema de normas*. La *Teoría pura del Derecho* estudia el Derecho realmente existente y es una ciencia autónoma: no una ciencia natural ni social, sino una que examina las normas prescindiendo de puntos de vista morales, políticos, religiosos, etc. Lo hace desde dos perspectivas: desde una *perspectiva estática*, analizando las características de las normas en estado de inercia y forjando los conceptos que las explican; y desde una perspectiva dinámica: considerando cómo se generan unas normas de otras y, en última instancia, de la Constitución y de la protoconstitución, constituyendo así una pirámide jurídica.

El positivismo kelseniano fue en parte un positivismo metodológico y en parte un positivismo doctrinario: el jurista austríaco consideraba que hay que estudiar el Derecho realmente existente, como acabamos de decir, pero pensaba a la

vez que el Derecho moderno proviene básicamente del Estado, rechazaba la doctrina de los principios jurídicos, viendo en ellos una intromisión de la moral en el Derecho, hablaba de un sistema jurídico y de que los jueces resuelven los casos en estricta aplicación de la ley, etc.

Al mencionar la obra de Kelsen, no hay que olvidar que fue un gran teórico de la democracia –sobre lo que hablaremos después– y un crítico de las ideologías autoritarias; y además que inició lo que hoy se comienza a llamar «Derecho procesal constitucional» con su artículo de 1928 «La garantía jurisdiccional de la Constitución». Fue, asimismo, el autor del proyecto de la Constitución austríaca de 1920, y entre 1921 y 1930, miembro del Tribunal Constitucional austríaco, ideado por él mismo. En 1930 se alejó del mismo, desengañado por las modificaciones introducidas en el Tribunal aceptando una cátedra en la Universidad de Colonia.

La *tercera* de las grandes concepciones del Derecho ha sido el realismo jurídico. Podemos caracterizarlo, en general, como la consideración de que el Derecho no es básicamente un sistema de normas, sino lo que resuelven los jueces. El realismo ha tenido básicamente dos orientaciones: el *realismo norteamericano* y el *realismo escandinavo*. En el realismo norteamericano se ha considerado que el Derecho es la forma como los jueces aplican las leyes o los precedentes, resolviendo los casos, para lo que son determinantes sus motivaciones psicológicas y sociológicas.

Estas resoluciones nos permiten predecir la conducta futura de los jueces o tribunales. En cambio, en

el realismo escandinavo se ha atacado el Derecho tradicional como imbuido de metafísica y se ha exigido dar cuenta estricta de lo que significan las proposiciones jurídicas y aplicar a este respecto el *principio de verificación* del positivismo lógico.

Probablemente, el más influyente de los realistas norteamericanos fue Roscoe Pound, para quien el Derecho es una forma de «ingeniería social» que sirve para responder a la exigencia inmediata de la vida social. Entre los realistas escandinavos mencionaré a Karl Olivecrona, quien en 1939 publicó su obra *El Derecho como hecho* (Segunda Edición: 1971).

Como reza el título de este libro, Olivecrona concebía el Derecho como un hecho: una norma jurídica; no era para él otra cosa que un *esquema de conducta* para los jueces que tienen que aplicarla a los casos que caigan bajo ella. De esta manera, pensaba este autor que evitaba hablar de Derechos y obligaciones a propósito de las normas.

La *cuarta* corriente de las concepciones del Derecho en la primera mitad del siglo XX, han sido las concepciones críticas del Derecho, entre las que se hallan las del marxismo, la de los *Critical Legal Studies*, la del Derecho alternativo, la del pluralismo jurídico, entre otras. Únicamente me ocuparé aquí de las concepciones marxistas del Derecho que me parecen las más importantes. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero sostienen que los rasgos comunes de las concepciones marxistas del Derecho son los siguientes: 1. Lo conciben como un fenómeno clasista. 2. Asimismo, como un fenómeno vinculado a ciertas

formas superestructurales, emanadas de ciertas formas de producción social. 3. Para estas concepciones el Derecho desempeña un papel subordinado (o relativamente subordinado) frente a otros elementos del todo social. 4. El Derecho tiene un carácter ideológico en el sentido marxista de la falsa conciencia distorsionada por un interés. A lo que hay que agregar a veces: 5. que estas concepciones poseen una actitud de rechazo frente al modelo tradicional de ciencia jurídica, y 6. que abrigan una actitud de desconfianza con respecto a los valores del Derecho, en especial sobre la justicia y los valores humanos.

Una obra clásica sobre el Derecho dentro del marxismo fue la de Piotr Stuchka *El rol revolucionario del Derecho y del Estado* (1921). En dicha obra definía al Derecho como: «Un sistema (o un orden) de relaciones sociales que corresponde a los intereses de la clase dominante y que es mantenido en vigencia por el poder organizado de esta clase». Por lo tanto, el Derecho no sería simplemente un sistema de normas –como quería el positivismo kelseniano– sino un *sistema de relaciones sociales*.

Finalmente, la última concepción del Derecho a la que deseo referirme es a la del *tridimensionalismo jurídico*. El jurista brasileño, Miguel Reale, uno de sus fundadores, distinguía entre un *tridimensionalismo genérico* y otro *específico*. El primero afirma que en el Derecho hay tres elementos, pero a los que simplemente yuxtapone o contrapone, mientras en el *tridimensionalismo específico* se renuncia a considerar a los elementos del Derecho como separables y se los quiere más bien articular en forma precisa. En rigor

el *tridimensionalismo jurídico* que interesa es el *específico*.

Probablemente, la primera versión acabada de un *tridimensionalismo específico* haya sido la del jurista argentino, Carlos Cossio, cuya obra más importante fue *La teoría ego-lógica del Derecho y la concepción jurídica de la libertad* (1944, Segunda Edición 1964). Para Cossio los elementos fundamentales del Derecho son la conducta humana, que es el decisivo, los valores que ella realiza y las normas que la conducta humana encuentra y que ordenan, autorizan o prohíben algo. La conducta humana no es naturaleza, sino las acciones humanas en interferencia intersubjetiva, donde la libertad de hacer se conjuga con el impedir de otra manera. Podemos, pues, definir al Derecho como «*la conducta humana en interferencia intersubjetiva*».

Otros tridimensionalistas muy importantes son el mencionado Miguel Reale y el jurista peruano Carlos Fernández Sessarego, quien ha sido profesor de esta casa de estudios (Unifé).

Con ello he terminado la primera parte de mi exposición y paso ahora a la segunda.

II CAMBIOS EN LAS CONCEPCIONES DEL DERECHO EN LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX

A continuación me voy a ocupar de los cambios más fundamentales en estas concepciones del Derecho en la segunda mitad del siglo XX. En las concepciones que no menciono no se produjeron transformaciones importantes.

1. *El realismo jurídico: Alf Ross*

Alf Ross, miembro distinguido del realismo jurídico escandinavo, trazó su programa de investigación en su libro *Hacia una ciencia realista del Derecho* (1946). Allí criticaba el *realismo jurídico norteamericano*, por tener en cuenta la realidad del comportamiento social, pero ignorando la importancia de las normas y el *positivismo kelseniano*, por determinar el Derecho a partir del deber-ser de las normas, pero prescindiendo de la realidad social. La ciencia realista del Derecho tiene que superar esta dualidad en un planteamiento que acoja ambos aspectos en una síntesis entre las normas y la realidad social del Derecho. Este planteo programático lo realizó Ross, doce años más tarde, en su libro *Sobre el Derecho y la justicia* (1958). Para él las normas jurídicas son, en tanto, expresiones lingüísticas *directivas*, que no son verdaderas ni falsas, sino que tienen como significado lógico *prescribir una conducta*. ¿Qué significado tiene hablar del Derecho vigente? Tal como funciona en la sociedad, el Derecho consiste en un gran número de acciones humanas que son interpretadas como un todo coherente de significación y motivación, por medio de normas jurídicas que configuran un *esquema de interpretación*. O, dicho de otra manera: *Derecho vigente significa el conjunto abstracto de normas que sirven como esquema interpretativo para los fenómenos del Derecho en acción*. Las normas son efectivamente obedecidas, porque son socialmente obligatorias.

Una norma es efectivamente vigente si ella es aplicada uniformemente por los jueces, como fundamento de sus resoluciones en casos del mismo tipo, y no porque tenga una cierta

«fuerza obligatoria». Si una norma es vigente, permite predecir la conducta de los jueces que tengan que juzgar los casos a los que se aplique. Así, la norma que establece la falta de pago como causal de desahucio es vigente porque es aplicada casi uniformemente por los jueces y tribunales para resolver estos casos. Por lo tanto, si se presenta una falta de pago de la merced conductiva, se podrá invocar esta norma en una demanda de desahucio y se podrá predecir que los jueces resolverán declarar la demanda fundada.

A diferencia de Kelsen, Ross sostenía en este libro que dentro de la filosofía del Derecho se puede hablar con sentido de la justicia, pero estableciendo claramente que no sólo consiste en una cierta igualdad *a priori* sino añadiendo el criterio empírico conforme al cual una relación se presenta como igual. Si no indicamos este criterio empírico nuestro discurso sobre la justicia será meramente irracional.

2. *El positivismo jurídico: Hart*

El positivismo jurídico se remozó notablemente en la obra *El concepto del Derecho* (1961) de Herbert Hart. Para Hart, en ningún sentido, es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproduzcan o satisfagan ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho sucede así en las normas jurídicas empíricas. O dicho de otra manera: conceptualmente no hay una coincidencia entre el Derecho y la moral; en este sentido, es perfectamente posible que haya un Derecho injusto. Nos podrán gustar o no las normas nazis sobre el genocidio –sostenía Hart–, pero eran jurídicas.

Una de las razones por las que Hart se ha hecho famoso, es por

haber distinguido entre un punto de vista *externo* e *interno* para considerar el Derecho. El primero es el punto de vista del *observador* quien estima que las normas se cumplen, porque vienen acompañadas de sanciones. El punto de vista *interno* es, en cambio, el del *participante*, quien comprueba que las normas se cumplen no sólo porque van acompañadas de sanciones, sino porque tienen un buen sentido: un *contenido mínimo de Derecho natural*. Este mínimo de Derecho natural está constituido por: 1. La noción de la vulnerabilidad humana; 2. Una igualdad aproximada entre los seres humanos; 3. La convicción de que los seres humanos no son ni ángeles ni demonios, sino que actúan con un altruismo limitado; 4. La noción de que los recursos son limitados, por lo que la propiedad debe ser reconocida; y 5. La idea de que la comprensión y fuerza de voluntad de los miembros del Estado son, asimismo, limitadas.

¿Qué es el Derecho? Para Hart es un *sistema constituido por reglas primarias y secundarias*. Las primarias establecen sanciones para las transgresiones, algo que ya Kelsen había sostenido. Las reglas secundarias no tienen, en cambio, sanciones, sino que se refieren al modo de funcionamiento de las reglas primarias. Las normas secundarias son de tres tipos: a) *La regla de reconocimiento*, que se halla en la Constitución y que permite reconocer a los elementos del sistema. b) *Las reglas de cambio* que permiten que un individuo o cuerpo de personas introduzca nuevas reglas para la vida del grupo o cancele las reglas anteriores; y c) *Las de adjudicación de facultades* a ciertos individuos para que conozcan de las transgresiones de las reglas primarias.

Al igual que Ross también Hart consideraba que la noción de justicia tenía un lugar dentro de la filosofía del Derecho y, en efecto, habló de dos tipos de justicia: de la justicia compensatoria y de la distributiva.

Herbert Hart no puede ser considerado como un positivista doctrinario –y menos ideológico– sino sólo metodológico. Con él se ablandó el positivismo duro de Kelsen, estableciéndose una cercanía entre el Derecho y la moral, distinguiéndose entre la perspectiva externa e interna para juzgar el Derecho. Se amplió los tipos de normas al admitirse al lado de las reglas primarias las secundarias, y se volvió a hacer un lugar dentro de la filosofía del Derecho a la justicia.

3. *La convergencia entre positivismo y iusnaturalismo en Ronald Dworkin y Robert Alexy*

En Ronald Dworkin y Robert Alexy se ha producido una convergencia entre *positivismo* y *iusnaturalismo* bastante sorprendente, y que apuntaba ya en Herbert Hart y Lon Fuller (1964).

En su libro *Tomando los Derechos en serio* (1977), Ronald Dworkin atacó el *modelo positivista de las reglas*, que veía concretado en Hart, y defendió otro *modelo de reglas y principios*. El *modelo positivista de las reglas* estaría caracterizado por tres notas: 1) Las reglas se determinan sobre la base de su proveniencia (*test of pedigree*); ya sea a partir de la norma básica kelseniana o de la regla de reconocimiento hartiana. 2) Si las reglas no fijan una decisión judicial, los jueces tienen un *margen de discrecionalidad* para resolver los casos; y

3) Las obligaciones y Derechos sólo existen en razón de las reglas –así sostiene Kelsen: «Que los *Derechos objetivos* determinan los *Derechos subjetivos*».

En contra de este modelo, sostenía Dworkin: 1) El Derecho no sólo está compuesto por *reglas*, sino además por *principios*, a base de los que resuelven los jueces. 2) No hay un margen discrecional *fuerte*: cuando las reglas no fijan un caso, el juez debe resolverlo aplicando los principios, los precedentes y la dogmática, por lo que sólo hay una *única respuesta correcta* a cada caso; y 3) Los jueces no crean Derecho a través de sus decisiones, sino que sólo reconocen *Derechos políticos ya existentes*: los *Derechos subjetivos son finalidades políticas individualizadas* que, por lo tanto, preexisten a los Derechos objetivos y pueden imponerse frente al Estado y la mayoría.

Por su parte, Robert Alexy ha desarrollado en sus libros una concepción *trialista* del Derecho. El concepto del Derecho estaría compuesto por tres elementos, dos de los cuales habrían sido desarrollados por el positivismo jurídico y el tercero por el *iusnaturalismo*. Los elementos descubiertos por el positivismo son: 1. El *principio de legalidad*, que establece que para ser válida una norma tiene que ser aprobada según un procedimiento fijado en la Constitución; y 2. El *principio de la eficacia*, según el cual una norma válida tiene que ser además *eficaz*; esto es, que debe ser obedecida en la sociedad. El tercer elemento defendido por el *iusnaturalismo*, es la *pretensión de corrección*: el Derecho eleva una pretensión de corrección que debe ser satisfecha.

La pretensión de corrección le viene al Derecho de los *principios* y de la obligación de no transgredir un cierto nivel de injusticia. Al igual que Dworkin, sostiene Alexy que el Derecho no sólo está formado por reglas (leyes), sino, además, por principios. Los principios son *mandatos de optimización* que exigen que algo sea hecho en la mayor medida de lo posible jurídica y fácticamente. Para ello hay que echar mano a una operación de *ponderación* de los valores que están detrás de los principios. El argumento de la injusticia lo toma Alexy del último Radbruch y dice así: «El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede solucionarse en el sentido de que el Derecho puede ser injusto y seguro, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable de injusticia, que convierta a aquélla en inválida. Dicho de otra manera: el Derecho puede ser medianamente injusto y seguir siendo Derecho, pero cuando llega a un límite insoportable de injusticia deja de ser Derecho. Por ejemplo, la orden de apresar a un profesor y a estudiantes de La Cantuta en aras de la seguridad nacional, podía ser injusta pero seguía siendo jurídica, mas la de asesinarlos, alcanzaba un grado tan insoportable de injusticia, que dejaba de ser Derecho y hubiera debido ser incumplida.

4. La concepción crítica del Derecho de Jürgen Habermas

El filósofo germano, Jürgen Habermas, ha expuesto su concepción crítica del Derecho en su libro *Facticidad y Validez* (1992). Para Habermas el fenómeno jurídico se da en la tensión entre la *facticidad*: el hecho de que las normas jurídicas sean obedecidas y de que estén

provistas para ello de sanciones, y la *validez*, la circunstancia de que las normas son aceptadas porque las percibimos como *legítimas*, al reconocernos como autores de las mismas. Habermas sostiene que en el pasado el Derecho se legitimaba porque tenía un respaldo religioso, metafísico o moral; en cambio, en las *sociedades modernas*, el Derecho se fundamenta porque recoge un *sistema preexistente de Derechos subjetivos* que constituyen su presupuesto y a los que él brinda su protección.

Este sistema básico de Derechos está constituido por tres tipos de Derechos que se desglosan en cinco categorías. Las tres primeras corresponden a los *Derechos civiles* que amparan al sujeto jurídico privado frente a las intervenciones ilegales del Estado, luego se generan los *Derechos políticos* que garantizan al ciudadano su participación en el proceso democrático de la toma de decisiones, y por fin, aparecen los *Derechos sociales* que aseguran al ciudadano el disfrute de la seguridad social y de la asistencia sanitaria y educativa.

Habermas afirma que este sistema de Derechos no se da en una pureza trascendental, sino en formas históricas, pero que es él el que funda la necesidad del Derecho objetivo y del poder político.

Para el autor el Derecho y la moral no se dan en una relación de *subordinación*, sino de *complementariedad*: el Derecho recibe de la moral su legitimación, pero la moral subsana a su vez su déficit funcional mediante el elemento coercitivo que posee el Derecho —en las sociedades modernas las sanciones morales son puramente internas—.

La circunstancia de que en el Derecho podemos considerar los dos momentos mencionados de la validez y de la facticidad es, en último término, la que hace que el Derecho pueda ser analizado como una *institución*, y a la vez, como un *medio*. En tanto, la institución del Derecho tiene un *carácter no-instrumental*, que se puede encontrar expresado en el viejo aforismo *fiat justitia, pereat mundus*. Pero, el Derecho tiene al mismo tiempo un *carácter claramente instrumental*: es el medio favorito del poder, a fin de imponer sus dictados.

A lo anterior se agrega que Habermas ha conectado el momento no-instrumental del Derecho con el *mundo-de-la-vida*, y el momento instrumental con el *sistema social —mundo-de-la-vida y sistema* son los dos niveles básicos de la teoría social habermasiana—.

Los conceptos anteriores le sirven a Habermas para analizar el desarrollo del Derecho contemporáneo en las sociedades avanzadas. Para el autor, en estas sociedades ha aumentado la consideración del Derecho como un medio, dejándose de lado su momento no-instrumental. Esta tendencia se expresaría en la *juridificación* creciente que se observa en ellas, es decir, en la *extensión del Derecho* a ámbitos comunicativos para los que parece inapropiado, y en el *adensamiento del Derecho*; esto es, el desmenuzamiento de una materia jurídica global en varias materias particulares. Esta tendencia estaría contribuyendo poderosamente a la «colonización del mundo-de-la-vida» por los imperativos sistémicos procedentes del poder y del dinero. Como una respuesta a la intromisión del Derecho en las estructuras comunicativas, propone Habermas

desjusticializar y desburocratizar ciertas esferas del mundo-de-la-vida; es decir, limitar al mínimo la intromisión del juez en algunos ámbitos, como por ejemplo, en el caso de la protección jurídica del niño.

Habermas se ha referido también a los paradigmas jurídicos, pero hablaremos sobre ellos posteriormente. Pasemos ahora a la tercera parte de esta lección inaugural.

III LA PROYECCIÓN DE LAS CONCEPCIONES DEL DERECHO EN LAS TEORÍAS DEL ESTADO

Las concepciones del Derecho no han sido inocuas sino, por el contrario, determinantes para la teoría del Estado. En lo que sigue a continuación deseo mostrarlo refiriéndome a cómo la teoría positivista de Hans Kelsen y la realista de Alf Ross, han desembocado en una *teoría del Estado de Derecho liberal y postliberal*, la convergencia entre *positivismo* y *iusnaturalismo* en Ronald Dworkin y Robert Alexy, ha dado lugar a una *teoría del Estado de Derecho Constitucional*, y la concepción crítica del Derecho de Jürgen Habermas ha generado una *teoría de la democracia deliberativa*.

1. Kelsen y Ross y la teoría del Estado de Derecho liberal y postliberal

La preocupación de Hans Kelsen por la forma política que debe tener el Estado, fue muy temprana y está testimoniada por su libro *Esen- cia y valor de la democracia* (1920). Para Kelsen la democracia se deriva directamente del valor que damos a la *libertad*: mediante la democracia buscamos estar so-

metidos políticamente sólo a nuestra propia voluntad y no a la ajena; esto es, que tratamos de realizar el ideal de la *autonomía*. No obstante, en la democracia también juega un gran papel el valor de la *igualdad*, atribuyéndoles a todos la mayor igualdad, les adscribimos una libertad *igual*, o sea, la misma participación en la formación de la voluntad estatal. Una coincidencia absoluta frente a las disposiciones estatales sólo se da en la situación hipotética del contrato originario para fundar el Estado. En la realidad de la vida política, el principio de la *unanimitad* es reemplazado por el de la *mayoría*, que nos permite aproximarnos a la idea de la libertad. No obstante, la aprobación de las decisiones por el principio de la mayoría supone restringir la libertad de quienes integran la minoría.

El parlamentarismo es el sistema que permite la formación de la voluntad estatal mediante un órgano colectivo elegido por el pueblo sobre la base de un sufragio democrático que decide según el principio de la mayoría. Aquí es importante el compromiso al que se llega entre la idea de la libertad y la división del trabajo. El eje de este compromiso es el principio de la mayoría vinculado con la *protección de la minoría*. Un aspecto esencial de la democracia es el *principio negociado*, que significa dejar de lado lo que separa y afirmar lo que une en razón de un relativismo axiológico, porque no hay verdades ético-políticas absolutas.

En su texto, Kelsen también se refiere al *principio de la división de poderes* que es básico para la democracia, y a cómo, en el caso del ejecutivo, es esencial el *principio de la legalidad* –y no el *principio democrático*–.

En otros textos suyos –como en su *Teoría general del Estado* (1925)– complementó Kelsen sus ideas sobre las formas de organización estatal.

También el iusfilósofo realista, Alf Ross, escribió un libro sobre la estructura política más adecuada para el Estado, estructura que él reputaba que era la democracia –de allí que su libro se titule *¿Por qué democracia?*– (la traducción inglesa procede de 1952). Para Ross la palabra «democracia» designa una cierta *forma de gobierno*: la forma que organiza el Estado según la Constitución. A este respecto, la cuestión básica reside en determinar las normas que prescriben *quiénes* ejercen la «autoridad pública» y *cómo*. La democracia es la forma de gobierno en que el poder político (la soberanía) pertenece en Derecho a la población toda, y no meramente a una persona singular o a un grupo específico y limitado de gentes. Aclarado este concepto, escribe Ross que la democracia, en tanto gobierno popular, puede ser más o menos *popular* (según su *intensidad*) y, en segundo término, puede ser más o menos *gobierno efectivo* (según su *efectividad* y *amplitud*). En suma, la democracia indica un *cómo* y no un *qué*.

Recogiendo ideas de Kelsen, afirma Ross que el principio mayoritario es el criterio formal y jurídico de la democracia. Pero se aparta de Kelsen al agregar que en su derrotero histórico, la democracia ha superado –en todas partes y hace tiempo– al liberalismo europeo, y no cree que exista incompatibilidad entre democracia y socialismo y entre democracia y planificación –como había sostenido Friedrich Hayek–.

2. Dworkin y Alexy y la teoría del Estado de Derecho constitucional

Kelsen era un positivista que concebía el Derecho como un *sistema de normas*, y Ross, un realista que lo pensaba como un *sistema de directivas* propuestas a los jueces. Como vimos, ninguno de ellos admitía que el Derecho estuviera compuesto, además de por *normas o directivas*, por *principios*. Como éste es el caso de Ronald Dworkin y de Robert Alexy, este cambio ha determinado en ellos la transformación del *modelo de un Estado de Derecho liberal y postliberal en el de un modelo de Estado de Derecho constitucional*.

En un modelo de Estado de Derecho liberal, como en el de Kelsen, la Constitución es entendida como una ley fundamental que contiene *normas de organización y procedimiento* y que no predetermina el contenido posible del Derecho positivo. En cambio, en un modelo del Estado de Derecho constitucional, como el de Alexy, la Constitución se concibe como una ley fundamental *mixta*, que contiene, tanto normas de organización y procedimiento, como *normas materiales*, a partir de las cuales se puede obtener a través de operaciones metódicas, el contenido de cada norma del sistema jurídico. De allí que Alexy hable de la «omnipresencia de la Constitución» en todo el sistema jurídico, y que sostenga que los valores materiales de la Constitución tienen un «efecto de irradiación» en todo el ámbito del sistema. Lo anterior explica por qué mientras para Kelsen un Tribunal Constitucional podía declarar la inconstitucionalidad de una norma, por no haber cumplido con un requisito procesal, para Alexy se podía hacer no sólo por esta razón,

sino además por contrariar un valor constitucional. Este último caso se da por ejemplo en el fallo de nuestro Tribunal Constitucional del 11 de septiembre de 2002, que establece que el artículo 34, segundo párrafo del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR, es incompatible con el Derecho al trabajo consagrado por varios artículos de la Constitución –que expresan un principio o un valor– este artículo vacía de contenido este Derecho constitucional. Por ello, el Tribunal Constitucional ha declarado fundada una demanda de amparo contra dicho dispositivo, que es inaplicable.

Por cierto, la concepción de un Estado de Derecho constitucional suscita muchas preguntas, por ejemplo, sobre cómo equilibrar las competencias del legislador y del Tribunal; o si en este modelo el juez no esté sustituyendo al legislador. Lamentablemente, no es ésta la ocasión propicia para ahondar en estas cuestiones.

3. La democracia deliberativa según Jürgen Habermas

Según Jürgen Habermas, en la historia moderna y reciente se han dado dos *paradigmas jurídicos*. Entiende por *paradigmas jurídicos* los distintos modos de realizarse el sistema de Derechos y los principios del Estado de Derecho. Un paradigma jurídico explica «de qué manera se concibe y se debe tratar los principios del Estado de Derecho y los Derechos fundamentales a fin de que puedan cumplir en un contexto, dada la función que normalmente se les adscribe». Un paradigma jurídico compartido en una sociedad permite descargar al juez de parte del peso de las decisiones

que toma, y aumenta el grado de previsibilidad existente para las partes. El primero de los paradigmas jurídicos mencionados, es el *liberal clásico*, en que existe un interés unidimensional en salvaguardar la libertad en su concepción negativa –la *libertad* llamada *de los antiguos* entendida como la ausencia de determinación–, sin tomar en consideración las distorsiones que imponen a dicha libertad los desequilibrios económicos y sociales sobre ella. Ésta es, por ejemplo, la libertad de contratación existente entre partes con una posición asimétrica: se trata de una libertad puramente *formal*, pero no *real*. El segundo paradigma es el del *Estado social*, que busca remediar el defecto anterior, tratando de establecer condiciones de justicia social apropiadas para asegurar los mínimos vitales requeridos para realizar la *autonomía individual* –la así llamada *libertad de los modernos*–. El problema de este segundo paradigma es que da lugar al *paternalismo*, convirtiendo al «ciudadano» en un «consumidor» o «cliente» de las burocracias estatales. Piensen, por ejemplo, en cómo se manipuló a la gente necesitada en la época de Fujimori, por medio de los programas de ayuda social.

De allí que Habermas proponga un tercer paradigma jurídico, el *procedimental*, que sostiene que el Estado de Derecho es incompleto sin la participación real ciudadana. El paradigma procedimental propone la interrelación ineludible entre la *autonomía privada* y la *pública*: sólo sobre la base de la autonomía privada es posible la autonomía pública; o sea, la autoorganización social; y sólo este autogobierno permite que cada cual pueda ser finalmente autónomo. Por ello Habermas sostiene que «El Derecho legítimo [o sea que está legitimado

por realizar imperativos morales], cierra el círculo entre, por un lado, la autonomía privada de sus destinatarios, tratados de modo igual, y, por otro, la autonomía pública de los ciudadanos que, como autores del ordenamiento jurídico con igual Derecho, han de decidir –en última instancia– sobre los criterios de la igualdad de todos».

CONSIDERACIÓN FINAL

Pienso que con lo anterior he mostrado: 1. Cuáles eran las principales concepciones del Derecho hacia mediados del siglo XX; 2. Cómo cambiaron las principales de estas concepciones hasta finales del siglo pasado, cuando comprobamos que hay una convergencia entre *positi-*

vismo y *iusnaturalismo*; y, 3. Cómo esos cambios han transformado nuestra idea sobre la relación entre Derecho y sociedad o, mejor, entre Derecho y democracia.

Podemos, pues, concluir que aunque no lo parezca, la filosofía y teoría del Derecho tienen una importancia decisiva para nuestra vida jurídica y política.